



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2018

Eventualvorsatz und bewusste Fahrlässigkeit (Länderbericht Schweiz)

Thommen, Marc

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-198652>

Conference or Workshop Item

Originally published at:

Thommen, Marc (2018). Eventualvorsatz und bewusste Fahrlässigkeit (Länderbericht Schweiz). In: 13. Türkische Strafrechtstage, Ankara, Türkei, 31 May 2018 - 4 June 2018, 1-16.

Eventualvorsatz und bewusste Fahrlässigkeit (Länderbericht Schweiz)

Eventualvorsatz und bewusste Fahrlässigkeit (Länderbericht Schweiz)	1
1. Einleitung.....	1
2. Vorsatz und Fahrlässigkeit.....	3
2.1. Geschichte	3
2.2. Geltendes Recht	8
3. Kriterien zur Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit	9
3.1. Abgrenzung anhand des Wissenselements.....	9
3.2. Abgrenzung anhand des Willenselements	10
3.3. Rechtsprechung.....	11
4. Bewertung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	12
5. Lösungsvorschläge.....	15
6. Resümee	15

1. Einleitung

In diesem Beitrag wird anlässlich der 13. Türkischen Strafrechtstage zum Thema «Die Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit und Irrtümer im Rechtsvergleich» die Praxis in der Schweiz zur Unterscheidung von bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz dargestellt.¹ Dabei sollen insbesondere folgende Fragen beantwortet werden:² Sind Vorsatz, Eventualvorsatz und bewusste Fahrlässigkeit in der Schweiz gesetzlich definiert? Wie werden Eventualvorsatz und bewusste Fahrlässigkeit voneinander abgegrenzt? Welche Kriterien und Theorien werden zur Vornahme dieser Abgrenzung herangezogen und ist die Rechtsprechung in Anwendung dieser Kriterien konsequent? Gibt es eine zwingende Strafmilderung bei eventualvorsätzlicher Tatbegehung und ist es möglich, einen Versuch mit Eventualvorsatz zu begehen? Als Ausgangspunkt der Erläuterungen dient die Rechtsprechung des Bundesgerichts³ zum Eventualvorsatz und zur bewussten Fahrlässigkeit.

¹ Der Beitrag basiert auf einem am 1. Juni 2018 gehaltenen Vortrag von MARC THOMMEN anlässlich der 13. Türkischen Strafrechtstage in Ankara.

² Die folgenden Fragen ergeben sich aus den von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Istanbul erstellten Leitlinien zur Vorbereitung der Länderberichte für die 13. Türkischen Strafrechtstage.

³ Das Bundesgericht sieht das, was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm als innere Tatsachen und damit Tatfrage und prüft es nur auf Willkür. Rechtsfrage sei hingegen, ob im Lichte der festgestellten Tatsachen der Schluss auf Eventualvorsatz begründet sei (BGE 125 IV 242 E. 3; BGE 130 IV 58 E. 8.4; BGE 133 IV 1 E. 4.1.; BGE 133 IV 9 E. 4.1).

In den 70er-Jahren war das schweizerische Engadin Kulisse für Dreharbeiten zu einem Film namens «Skifascination»⁴ unter der Regie des damals weltbekannten Skifahrers Willy Bogner junior. Bogner hatte dafür unter anderem eine Abfahrt am 12. April 1964 im Val Selin vorgesehen. Das Tal war allerdings zu diesem Zeitpunkt wegen erheblicher Lawinengefahr gesperrt. Bereits in den Tagen davor war die Öffentlichkeit über mehrere Kanäle von dieser Sperrung informiert worden. Am 12. April wurde ausserdem durch Lautsprecherdurchsagen und Warnschilder im Skigebiet selbst auf die Gefahr aufmerksam gemacht. Ebenso wies ein Pistenwart Bogner am Drehtag noch einmal ausdrücklich auf die Sperrung des für den Filmdreh vorgesehenen Gebiets hin. Bogner entschied, die Abfahrt trotzdem durchzuführen, worauf die beiden Skistars Barbara Henneberger und Bud Werner durch einen Lawinenabgang getötet wurden. Das Bundesgericht bestätigte die Verurteilung Bogners wegen fahrlässiger Tötung (Art. 117 StGB⁵) zu einer zweimonatigen bedingten Freiheitsstrafe.⁶

Im Jahr 1999 hatte das Bundesgericht einen Sachverhalt zu beurteilen, in dem ein kenianischer Staatsbürger ungeschützten Geschlechtsverkehr mit zwei Frauen gehabt hatte, obwohl er zu diesem Zeitpunkt wusste, dass er mit dem HI-Virus infiziert war.⁷ Bei einer der Frauen kam es zur Infektion. Das Bundesgericht bestätigte die Verurteilung wegen eventualvorsätzlich begangener schwerer Körperverletzung (Art. 122 Abs. 2 StGB) und wegen Verbreitens menschlicher Krankheiten (Art. 132 StGB) sowie wegen mehrfachen vollendeten Versuchs der schweren Körperverletzung (Art. 122 Abs. 2 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB). Der Angeklagte musste drei Jahre ins Gefängnis. Angesichts der wissenschaftlichen und medizinischen Fortschritte qualifizierte das Bundesgericht eine Infektion mit dem HI-Virus durch ungeschützten Geschlechtsverkehr heute nicht mehr als lebensgefährliche Körperverletzung iS des Art. 122 Abs. 1 StGB, sondern je nach den konkreten Umständen im Einzelfall als einfache oder schwere Körperverletzung.⁸

Hingegen hat sich in jüngerer Vergangenheit ein anderes Praxisfeld aufgetan, in dessen Rahmen die Rechtsprechung zu Eventualvorsatz – insbesondere auch im Hinblick auf die eventualvorsätzliche Tötung – grosse Bedeutung erlangt hat. Es sind dies die sogenannten «Raserfälle», also Fälle rücksichtslosen oder besonders risikoreichen Verhaltens im Strassenverkehr.⁹

Das wohl bekannteste Urteil des Bundesgerichts zu dieser Thematik stammt aus dem Jahr 2004.¹⁰ Zwei junge Männer aus Mazedonien und dem Kosovo hatten sich bei Geschwindigkeiten zwischen 120 und 140 km/h ein spontanes Rennen geliefert, in dessen Verlauf der eine Fahrer die Herrschaft über sein Fahrzeug verloren und zwei unbeteiligte Jugendliche erfasst und getötet hatte. Das Bundesgericht bestätigte die Verurteilung der beiden Fahrer wegen eventualvorsätzlicher Tötung (Art. 111 StGB) in Mittäterschaft zu je sechseinhalb Jahren Zuchthaus. Erst kürzlich – im Dezember 2017 – hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung bestätigt, indem es bei einem Fahrer, der bei schwierigen Sicht- und Strassenverhältnissen ein Überholmanöver durchgeführt hatte und im Zuge

⁴ Skifascination, Willy Bogner junior, Bundesrepublik Deutschland 1966. Der (sehenswerte) Trailer dazu ist abrufbar unter <https://www.youtube.com/watch?v=GXer5OJQd5U> (abgerufen am 2. Juni 2018).

⁵ Schweizerisches Strafgesetzbuch von 21. Dezember 1937, SR 311.0.

⁶ BGE 91 IV 117.

⁷ BGE 125 IV 242.

⁸ BGE 139 IV 214 E. 3.4.

⁹ Siehe z. B. BGE 130 IV 58; BGE 133 IV 1; BGE 133 IV 9; BGer Urteil 6S.114/2005 vom 28. März 2006; BGer 6B_463/2012 vom 6. Mai 2013.

¹⁰ BGE 130 IV 58.

dessen mit einem Motorradfahrer kollidiert war, der später an seinen Verletzungen starb, eventualvorsätzliche Tötung bejahte.¹¹

Bevor diese Rechtsprechung einer kritischen Würdigung unterzogen wird (4.), wird zunächst auf die Gesetzgebungsgeschichte und die geltende Fassung der gesetzlichen Regelungen zum Vorsatz und zur Fahrlässigkeit im Schweizerischen Strafgesetzbuch eingegangen (2.). Anschliessend werden die im deutschsprachigen Raum wesentlichen Abgrenzungstheorien zur Unterscheidung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit vorgestellt (3.). Die Betrachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird sodann zeigen, dass diese nicht nur rechtspolitisch geprägt, sondern darüber hinaus auch dogmatisch fragwürdig ist (4.). Abschliessend werden kurz alternative Möglichkeiten zur Beurteilung der betreffenden Fälle vorgestellt (5.).

2. Vorsatz und Fahrlässigkeit

2.1. Geschichte

Bevor CARL STOOSS, der Vater des schweizerischen Strafgesetzbuchs, 1893 einen ersten Entwurf zu einem gesamtschweizerischen Strafgesetzbuch vorlegte, hatte er die damals noch geltenden kantonalen Strafgesetzbücher einer rechtsvergleichenden Expertise unterzogen. Diese führte ihn zum Schluss, dass sämtliche Kantone unterschieden zwischen den zwei «*Schuldformen: dolus und culpa*». Einigkeit bestand, dass jene Erfolge dem Vorsatz zuzurechnen seien, welche der Täter absichtlich herbeigeführt hatte. Einzelne Kantone sahen Vorsatz schon als gegeben, wenn der Täter den Erfolg als wahrscheinlich (Schaffhausen, Graubünden, St. Gallen) oder zumindest möglich (Luzern, Aargau) voraussah. Auf den ersten Blick konzentrierten sich diese Gesetzgebungen beim Vorsatz somit auf das Wissen des Täters im Tatzeitpunkt und nicht auf seinen Willen, also darauf «*wie sich der Thäter im Innern zu dem Eintreten des Erfolges verhält, ob der Erfolg mit seinem Willen oder wider seinen Willen eintritt*». Bei genauerer Betrachtung zeigte sich jedoch, dass z.B. Luzern Vorsatz nur annahm, wenn der Erfolgseintritt dem Täter gleichgültig war. Damit stand aber fest, dass Willensmomente ebenfalls massgeblich waren. Es galt die sog. Einwilligungstheorie, wonach Vorsatz nur anzunehmen war, «*wenn der Thäter zu dem rechtswidrigen Erfolge einwilligte und er zu dem Erfolge seinen Willen gab*»¹², heute würden wir sagen, wenn er den Erfolg gewollt hatte. Dieses *Wollen* konnte sich auch auf einen bloss eventuellen Erfolg beziehen (*dolus eventualis*).¹³

Im ersten Entwurf zum Strafgesetzbuch von 1893 wurde der *Vorsatz* in Art. 12 wie folgt definiert: «*Vorsätzlich handelt, wer ein Verbrechen mit Wissen und Willen begeht*».¹⁴ An dieser Formulierung wurde insbesondere kritisiert, dass sie dazu verleiten könnte, anzunehmen, dass zum Vorsatz auch

¹¹ BGER Urteil 6B_1050/2017 vom 20. Dezember 2017.

¹² Alle drei Zitate aus: Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, im Auftrage des Bundesrates vergleichend dargestellt von CARL STOOSS, Bd. 1, Basel/Genf 1892, 197 ff.; zur Einwilligungstheorie s.a. CARL STOOSS, Dolus eventualis und Gefährdung, ZStW 15/1895, 199 ff., 199 («*Zum dolus eventualis wird nun aber auch der Fall des sogenannten Einwilligens in den Erfolg gezählt*»).

¹³ Dazu bereits MARC THOMMEN/LAURA JETZER, Eventualvorsatz und Lebensgefährdung, Zur Entstehung von Art. 129 StGB sowie zu dessen Anwendbarkeit auf Gewaltdelikte im Strassenverkehr, in: Andreas Donatsch, Pascal Gossner, Hans Maurer, Claudia Wiederkehr (Hrsg.), Liber amicorum für Ulrich Weder, Ueli, der Staatsanwalt, Zürich 2016, 189 ff., 195.

¹⁴ Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Im Auftrage des Bundesrates, ausgearbeitet von CARL STOOSS, 1893, Basel/Genf 1893 (zit. VE-StGB/1893).

das Wissen um die Rechtswidrigkeit gehöre.¹⁵ In den späteren Entwürfen wurde dann klargestellt, dass sich das Wissen und Wollen auf die Tat(umstände) und nicht den Umstand beziehen musste, ein Verbrechen begangen zu haben.¹⁶ So lautete Art. 18 in der 1937 beschlossenen Version des Strafgesetzbuchs: *«Vorsätzlich verübt ein Verbrechen oder ein Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt»*.¹⁷ Diese Formulierung ist bis heute unverändert geblieben.¹⁸

Der *Eventualvorsatz* wurde im ursprünglichen Strafgesetzbuch von 1937 nicht definiert. Zwar wurde erwogen, diesen zu regeln,¹⁹ ein entsprechender Antrag aber verworfen.²⁰ Das schweizerische Strafgesetzbuch trat am 1. Januar 1942 in Kraft.²¹ Bereits ein Jahr später entschied das Bundesgericht, dass der Vorsatz in Art. 18 StGB/1937 auch den Eventualvorsatz umfasse.²² Erst als der allgemeine Teil des Strafgesetzbuchs um die Jahrtausendwende total revidiert wurde, fand eine Definition des Eventualvorsatzes Eingang in das Gesetz: Nach Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB/2002 handelt bereits vorsätzlich, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt.²³ Dabei lehnte sich der Gesetzgeber an die Rechtsprechung des Bundesgerichts an, wonach den Eventualvorsatz die Gleichgültigkeit des Täters gegenüber dem strafrechtlichen Erfolg kennzeichne. Der Täter müsse den Erfolg innerlich billigen oder mit der Verwirklichung des Tatbestandes einverstanden sein resp. sich mit der Verwirklichung abfinden oder den Erfolg als solchen akzeptieren.²⁴

Die *Fahrlässigkeit* fand von allem Anfang an eine gesetzliche Regelung. Nach Art. 13 VE-StGB/1893 handelte fahrlässig, *«wer die den Umständen nach gebotene Aufmerksamkeit ausser Acht lässt»*.²⁵ Seit Beginn der Gesetzgebungsarbeiten wurde auch die bewusste Fahrlässigkeit klar vom

¹⁵ Verhandlungen der von dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil (Erste Lesung), Bern 1896 (zit. Verhandlungen I VE-StGB/1896), Votum Gretener, 62 (*«Dies ist aber nicht die Intention des Entwurfs der vom Bewusstsein der Strafbarkeit oder Rechtswidrigkeit absieht.»*).

¹⁶ STOOS, in: Verhandlungen der von dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Bd. 2, Besonderer Teil (Erste Lesung), Bern 1896 (zit. Verhandlungen II VE-StGB/1896), 379 (*«Stooss hat die ursprüngliche Fassung des Artikels gerade deshalb abgeändert, um in Berücksichtigung eines in der ersten Lesung von Gretener erhobenen Bedenkens, deutlich zum Ausdruck zu bringen, dass zum Vorsatze Kenntnis des Thäters von der Strafbarkeit der That nicht erforderlich ist.»*).

¹⁷ Referendumsvorlage vom 21. Dezember 1937 zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, BBl 1937 III, 625 ff.; in den parlamentarischen Debatten war die Definition des Vorsatzes nicht umstritten, vgl. etwa AB 1928 N 87, Votum Seiler (*«Die Definition von Vorsatz und Fahrlässigkeit in Art. 16 ist in der Kommission unbestritten geblieben.»*).

¹⁸ Vgl. Art. 12 Abs. 1 Satz 1 StGB.

¹⁹ Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, im Auftrage des Bundesrates von CARL STOOS, September 1893, Basel/Genf 1893 (zit. Motive VE-StGB/1893), 26 (*«Es fragt sich, ob nicht auch der sog. dolus eventualis einer gesetzlichen Regelung bedürfte»*); Verhandlungen I VE-StGB/1896, Votum Gretener, 63 (*«Endlich sollte man, wenn man einmal definieren will, auch den dolus eventualis aufnehmen»*).

²⁰ Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Bd. 1, April 1912, Luzern 1912, Antrag von Geel, 148 ff.

²¹ Art. 392 StGB.

²² Vgl. den Entscheid «Elsasser» vom 21. Mai 1943, BGE 69 IV 75 E. 5 (*«Angesichts dieses Ergebnisses der parlamentarischen Beratung muss als Vorsatz im Sinne des Art. 18 StGB auch der Eventualvorsatz gelten, vorausgesetzt dass der Wortlaut der Bestimmung diese Auslegung nicht geradezu ausschliesst»*).

²³ Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 13. Dez. 2002, in Kraft seit 1. Januar 2007 (AS 2006 3459 3535).

²⁴ Botschaft vom 21. September 1998 zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht, BBl 1999 II, 1979 ff., 2002 m.H.a. BGE 92 IV 65.

²⁵ VE-StGB/1893.

Eventualvorsatz abgegrenzt: *«Wenn der Thäter die Möglichkeit eines schweren Erfolges seiner Handlung zwar vorausgesehen hat, aber denselben nach den besondern Verumständen ausschliessen zu dürfen glaubte [...] liegt dolus überhaupt nicht vor»*²⁶. Bei der Fahrlässigkeit wurde zudem schon sehr früh betont, dass ein individueller Sorgfaltsmassstab gelten soll, es also nicht nur auf die Umstände, sondern auch auf die persönlichen Verhältnisse ankommen soll.²⁷ Ab dem Vorentwurf von 1896 wurde die Fahrlässigkeit denn auch definiert als Tat, welche der Täter aus Mangel an derjenigen Vorsicht begangen hatte, zu der er *«nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet war»*.²⁸ In seiner definitiven Fassung vom 21. Dezember 1937 lautet Art. 18 Abs. 3 StGB wie folgt: *«Ist die Tat darauf zurückzuführen, dass der Täter die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedacht oder darauf nicht Rücksicht genommen hat, so begeht er das Verbrechen oder Vergehen fahrlässig. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beobachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist»*.²⁹ Auch diese Formulierung ist im Wesentlichen bis heute unverändert geblieben.³⁰

Im Gesetzgebungsverfahren zum Strafgesetzbuch von 1937 waren Wesen und Umfang des Eventualvorsatzes ausserordentlich umstritten.³¹ Möglicherweise wurde auch deshalb damals noch darauf verzichtet, den Eventualvorsatz gesetzlich zu regeln. Die Diskussionen um den Eventualvorsatz sind wohl entstanden, weil CARL STOOSS missverstanden oder zumindest undifferenziert wiedergegeben wurde.³² Entgegen späterer Zuschreibungen³³ war er kein Gegner des Eventualvorsatzes.³⁴ Bereits 1869 sah er sich zu einer Klarstellung veranlasst: *«Ich bin auch heute noch der Meinung, dass es einen dolus eventualis giebt»*³⁵. Für CARL STOOSS war auch vorher schon unzweifelhaft, dass der Eventualvorsatz dem Vorsatz zuzurechnen sei: *«Hat der Thäter den schweren*

²⁶ Motive VE-StGB/1893, 27.

²⁷ Verhandlungen I VE-StGB/1896, Votum Gretener, 64 (*«Es ist richtig, dass ein absoluter Massstab abgelehnt worden ist. Aber es ist bei der Fassung des Entwurfs, der von Ausserachtlassen der den Umständen nach gebotenen Vorsicht spricht; kaum genügend betont der individuelle Massstab.»*).

²⁸ Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission, Bern 1896.

²⁹ Referendumsvorlage, BBl 1937 III, 625 ff.

³⁰ Vgl. Art. 12 Abs. 3 StGB/2002: *«Fahrlässig begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er nach den Umständen und nach seinen persönlichen Verhältnissen verpflichtet ist.»*

³¹ Vgl. nur Verhandlungen II VE-StGB/ 1896, 377 ff.

³² So z.B. BGE 69 IV 75 E. 5 (*«Vorsätzlich handelt, wer ein Verbrechen mit Wissen und Willen begeht. Ob damit auch der eventuelle Vorsatz getroffen sei, war zunächst umstritten. Stooß, der die Frage in den Motiven zum Vorentwurf von 1893, S. 26, noch bejaht hatte, gelangte in den Motiven zum Vorentwurf von 1894, S. 151, zum gegenteiligen Schluss»*).

³³ Vgl. etwa ERNST HAFTER, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946, 120 (*«Entgegen der Auffassung von Stooß ist der Begriff des dolus eventualis unentbehrlich»*); DERS. Die Arbeiten am schweizerischen Strafgesetzbuch, Erster Beitrag, ZStrR 1913, 253 ff., 276 (*«Man stützte sich bei diesen Erörterungen zweifelhaft auf Stooß, der sich bekanntlich von jeher gegen die Figur des dolus eventualis ausgesprochen hat»*).

³⁴ Vgl. nur schon Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts, im Auftrage des Bundesrathes vergleichend dargestellt von CARL STOOSS, Bd. 1, Basel/Genf 1892, 201 (*«Die Einwilligung und das Wollen kann sich aber auch auf einen eventuellen Erfolg beziehen [dolus eventualis].»*).

³⁵ STOOSS, in: Verhandlungen II VE-StGB/1896, 377 (*«Ich bin auch heute noch der Meinung, dass es einen dolus eventualis giebt»*).

Erfolg ‚in den Kauf genommen‘, so hat er zu demselben eingewilligt und ihn als Folge seiner Handlung zugelassen. Der Thäter hat daher das Verbrechen mit Wissen und Willen begangen»³⁶.

Zu Missverständnissen Anlass gaben aber wohl eine Reihe von Stellungnahmen im frühen Stadium des Gesetzgebungsverfahrens. So schrieb er 1893, dass *dolus nicht* vorliege, wenn der Täter die Möglichkeit eines schweren Erfolges seiner Handlung zwar vorausgesehen hatte, diesen aber nach den Umständen ausschliessen zu dürfen glaubte. *«Dem Richter wird es gelingen, diese Fälle ohne besondere Regeln zu beurteilen»*.³⁷ 1895 veröffentlichte STOOSS seinen viel beachteten Beitrag *«dolus eventualis und Gefährdung»*. Darin ging er auf das damals viel diskutierte Jäger-Beispiel ein und verwarf dessen Interpretation durch die herrschende Lehre: Ein Schütze schiesst auf eine Scheibe und sieht, dass sein Geschoss möglicherweise einen in der Nähe stehenden Menschen treffen könnte. *«Wenn der Schütze sich eingesteht, dass er sehr wohl die Scheibe fehlen und den Menschen treffen könnte, und dessen ungeachtet den Schuss auf die Scheibe wagt, soll er den schlimmen Erfolg [...] dolo eventuali herbeigeführt haben. Allein diese Ansicht, welche ich bisher selbst für richtig erachtete, ist falsch»³⁸.*

Später im Gesetzgebungsverfahren sind verschiedene Mitglieder der Expertenkommission wohl aufgrund dieser Erwägungen davon ausgegangen, dass der Eventualvorsatz als Vorsatzform aus dem Vorentwurf eliminiert worden war. ALFRED GAUTHIER ging davon aus, dass diese Fälle fortan der Fahrlässigkeit zuzuschreiben seien.³⁹ Nach EMIL ZÜRCHER seien Fälle, in denen der Täter den Erfolg für nicht ausgeschlossen gehalten und in Kauf genommen habe, er *„es eben riskiert hat, dass er eintrete, das Eintreten vielleicht aufrichtig bedauernd“* von der Rechtsprechung dem Eventualvorsatz zugeordnet worden. Gerade bei Vermögensdelikten habe diese Annahme von Eventualvorsatz *«das Rechts- und Billigkeitsgefühl des Volkes stark verletzt»*. Diese Theorie habe nur ihre Berechtigung, soweit es um den Schutz von Leben und Gesundheit gehe. Nach seiner Auffassung begründe das Inkaufnehmen einer Gefahr noch kein Wollen, weshalb nicht Eventualvorsatz, sondern Fahrlässigkeit anzunehmen sei. *«Damit bleibt dieser dolus eventualis beim Verbrechen gegen das Vermögen usw. straflos, weil dort die Fahrlässigkeit nicht bestraft wird. Zum Schutze von Leib und Leben werden zwei Gefährdungsdelikte aufgestellt»*.⁴⁰ Legendar ist auch die Aussage EMIL ZÜRCHERS, der *dolus eventualis* sei eine *«Ausflucht für den Richter, der den Sachverhalt nicht genau untersucht habe»⁴¹.*

³⁶ Motive VE-StGB/1893, 26 (*«Es fragt sich, ob nicht auch der sog. dolus eventualis einer gesetzlichen Regelung bedürfte»*).

³⁷ Motive VE-StGB/1893, 27 (*«Anders gestaltet sich der Fall, wenn der Thäter die Möglichkeit eines schweren Erfolges seiner Handlung zwar vorausgesehen hat, aber denselben nach den besondern Verumständen ausschliessen zu dürfen glaubte und in dieser Annahme die Handlung vornahm, die den schlimmen Erfolg herbeiführte. Unter dieser Voraussetzung liegt dolus überhaupt nicht vor; denn der Thäter hat den schlimmen Erfolg nicht nur nicht gewünscht, sondern ihn in seiner Vorstellung in keiner Weise zugelassen und daher auch nicht gewusst und gewollt. Dem Richter wird es gelingen, diese Fälle ohne besondere Regeln zu beurteilen, und wenn er dazu nicht im stande ist, so wird ihm auch eine Gesetzesbestimmung nichts helfen.»*).

³⁸ STOOSS, ZStW 15/1895, 199.

³⁹ So etwa ALFRED GAUTHIER, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Bd. 1, April 1912, Luzern 1912, 146 f. (*«Quant au dol eventuel, il est elimine du projet en ce sens qu'il n'est plus reconnu comme une des categories de l'intention. Il rentre, en these generale, dans la negligence.»*).

⁴⁰ Alle Zitate in diesem Absatz aus: Schweizerisches Strafgesetzbuch – Erläuterungen zum Vorentwurf vom April 1908, Im Auftrag des eidg. Justiz- und Polizeidepartements von Prof. EMIL ZÜRCHER in Zürich verfasst, Bern 1914, S. 48 f.

⁴¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch – Protokoll der zweiten Expertenkommission, Bd. 1, April 1912, Luzern 1912, 149.

ERNST HAFTER wandte sich mit Nachdruck gegen diese Interpretation. Der *dolus eventualis* müsse bestehen bleiben;⁴² er sei unentbehrlich.⁴³ Ihm schlossen sich im Laufe der parlamentarischen Beratung beide Kammern an. Im Nationalrat wurde festgehalten, dass die Bestimmung zum Vorsatz (Art. 16 Abs. 2 E-StGB/1918)⁴⁴ den Eventualvorsatz mitumfassen soll.⁴⁵ Der Eventualvorsatz sei keine Form der Fahrlässigkeit, denn *«celui qui agit avec dol éventuel, le fait par égoïsme, plutôt que par imprévoyance ou légèreté»*⁴⁶. Dem schloss sich auch der Ständerat diskussionslos an. *«Soll der Täter, der in voller Kenntnis der mit der Tat verbundenen großen Gefahr für Dritte schießt, nur wegen Fahrlässigkeit bestraft werden?»*, wurde rhetorisch gefragt.⁴⁷ Diese Frage lehnte wohl an HAFTERS Interpretation an: *«Wer auf eine Scheibe zielt und schießt, dabei aber mit der gegebenen Möglichkeit rechnet, einen Menschen zu treffen, und für den Fall, dass dieser Erfolg wirklich eintritt, damit einverstanden ist, hat um diesen Erfolg gewusst und ihn gewollt»*⁴⁸.

Hier zeigt sich nun, dass CARL STOOSS' Position undifferenziert rezipiert wurde. Er hätte ERNST HAFTER mit Sicherheit zugestimmt, dass wer mit dem Erfolg *einverstanden* ist, auch mit Eventualvorsatz handelt. Es ging ihm jedoch gerade darum, dass dieses Einverständnis feststehen muss und nicht einfach unterstellt werden darf. Der Jäger, der voraussieht, dass er möglicherweise einen Treiber treffen wird, und trotzdem schießt, handelt *deswegen* noch nicht mit einem Eventualvorsatz auf Tötung.⁴⁹ Dass nicht unbesehen vom Wissen des Täters um eine Gefahr auf seinen Willen, den Erfolg in Kauf zu nehmen, geschlossen werden darf, hat CARL STOOSS auch anhand seines Forscherbeispiels mehrfach erläutert: Eventualvorsätzlich handelt der *«Forscher, der mit einer gesundheitsschädlichen Substanz an einem Menschen experimentiert und weiss, dass er dem Menschen dadurch Schaden zufügen muss»*. Wenn der Forscher die Substanz aber *«nicht als eine gesundheitsschädliche, sondern als eine gesundheitsgefährliche erkennt und mit derselben an einem Menschen experimentiert und ihn tötet, so wird er mit Recht erklären können, diese Schädigung habe ich nicht gewollt»*. Dies ergebe sich nicht zuletzt auch daraus, dass man für den Fall, dass nichts geschehe, hier keinen Versuch annehmen würde.⁵⁰ Richtigerweise liegt hier vorsätzliche Lebensgefährdung vor.⁵¹

⁴² ERNST HAFTER, Die Arbeiten am schweizerischen Strafgesetzbuch, Erster Beitrag, ZStrR 1913, 253 ff., 276 (*«Der dolus eventualis wird und muss bestehen bleiben»*).

⁴³ HAFTER, Lehrbuch, 120 (*«Entgegen der Auffassung von Stooss ist der Begriff des dolus eventualis unentbehrlich»*).

⁴⁴ Entwurf Schweizerisches Strafgesetzbuch, BBl 1918 IV, 103 ff., 107 (*«Vorsätzlich verübt ein Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt.»*)

⁴⁵ AB 1928 N 87, Sitzung vom 6. März 1928, Votum von Berichterstatter Seiler (*«Durch die Formulierung des Art. 16 ist nun tatsächlich die Anwendung dieses Begriffes nicht ausgeschlossen.»*).

⁴⁶ Berichterstatter Logoz, AB 1928 N 88, Sitzung vom 8. März 1928.

⁴⁷ Votum Berichterstatter Baumann, AB 1931 S 140, Sitzung vom 25. März 1931.

⁴⁸ HAFTER, ZStrR 1913, 277.

⁴⁹ Verhandlungen II VE-StGB/1896, 378 (*«Ein Jäger erblickt in Schussnähe ein Wild, nahe bei dem letztem aber auch einen Treiber. Er weiss, dass er möglicherweise statt des Wildes den Treiber treffen wird; seine Jagdleidenschaft ist aber so gross, dass er sich durch die Vorstellung dieser Möglichkeit vom Schiessen nicht abhalten lässt; er fehlt das Wild und tötet den Treiber. In diesem Falle hat der Thäter nicht vorsätzlich getötet, denn er hat nicht, auch nicht eventuell, einen Menschen töten wollen; andererseits kann auch nicht blosser Fahrlässigkeit angenommen werden, da der Thäter gewusst hat, dass er möglicherweise einen Menschen töten werde. Wohl aber hat sich der Thäter der vorsätzlichen Gefährdung des Lebens eines Menschen schuldig gemacht und hierfür soll er bestraft werden»*).

⁵⁰ Beide Zitate sowie zum Ganzen: STOOSS, ZStW 15/1895, 200.

⁵¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf mit Motiven, im Auftrage des schweizerischen Bundesrates, ausgearbeitet von CARL STOOSS und französische Übersetzung des Vorentwurfs von ALFRED GAUTHIER, Basel/Genf 1894, 151 (*«So gefährdet der Forscher vorsätzlich das Leben eines Menschen, welcher ihn zum Zwecke des*

2.2. Geltendes Recht

Vorsatz und Fahrlässigkeit sind heute in Art. 12 StGB gesetzlich definiert. Abs. 2 bestimmt, das vorsätzlich handelt, wer eine Tat mit Wissen und Willen hinsichtlich des objektiven Tatbestands ausführt. Fahrlässig handelt gemäss Abs. 3, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt.

Des Weiteren werden die Vorsatzformen in den direkten Vorsatz 1. und 2. Grades (*dolus directus*) und den Eventualvorsatz (*dolus eventualis*) unterteilt. Der *dolus directus* 1. Grades wird teilweise (untechnisch) als Absicht bezeichnet, der *dolus eventualis* als bedingter Vorsatz. Im Rahmen der Revision des Strafgesetzbuchs im Jahr 2007 wurde mit Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB auch die Definition des Eventualvorsatzes gesetzlich festgeschrieben. Allerdings hatten sich Praxis und Doktrin bereits davor ganz überwiegend darauf verständigt, dass die Umschreibung des Vorsatzes als wissentliche und willentliche Tatausführung auch den Eventualvorsatz miteinschloss.⁵² Insoweit spricht Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB lediglich aus, was wohl von Gesetzes wegen, jedenfalls aber im Wege von Richterrecht ohnehin schon galt. Danach handelt bereits vorsätzlich, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt. Gemäss dieser Formulierung sind für das Vorliegen von Eventualvorsatz eine kognitive Komponente (das Für-möglich-Halten) und eine voluntative Komponente (das Inkaufnehmen) gefordert.

Der Gesetzeswortlaut behandelt den Eventualvorsatz folglich als reguläre Form des Vorsatzes. Das bedeutet aber nicht, dass er dem direkten Vorsatz in jeder Hinsicht gleichzustellen wäre. Gemäss Art. 47 StGB hat sich die Strafe am Verschulden des Täters zu orientieren. Dieses bestimmt sich gemäss Art. 47 Abs. 2 StGB unter anderem nach der Verwerflichkeit des Handelns und nach den Beweggründen und Motiven des Täters. Bei Eventualvorsatz liegt in der Regel ein geringerer Unrechts- und Schuldgehalt vor, was bei der Bemessung der Strafe zu berücksichtigen ist.⁵³

Die Abgrenzung zwischen direktem Vorsatz und Eventualvorsatz ist vergleichsweise einfach: Wenn keine «Absicht» iS eines zielgerichteten Wollens⁵⁴ nachgewiesen werden kann und der Täter nicht um die Tatbestandsverwirklichung weiss, liegt höchstens Eventualvorsatz vor.⁵⁵ Ungleich schwieriger ist die Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. Diese ist allerdings aufgrund der rechtlichen Bewertungsunterschiede der beiden Kategorien von hoher Relevanz: Art. 12 Abs. 1 StGB besagt, dass die vorsätzliche Begehung eines Verbrechens oder Vergehens⁵⁶ immer mit Strafe bedroht ist, die fahrlässige hingegen nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt. Darin

Experimentes einer lebensgefährlichen Behandlung unterwirft»); zum Ganzen bereits THOMMEN/JETZER, Eventualvorsatz, 195.

⁵² GÜNTHER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Auflage, § 9 N 101; STEFAN TRECHSEL/PETER NOLL/MARK PIETH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 7. Auflage, 102.

⁵³ STEFAN TRECHSEL/MARK PIETH, Schweizerisches Strafrecht Praxiskommentar, 3. Auflage, Art. 47 N 27.

⁵⁴ Bei der Bezeichnung dieser Vorsatzform als Absicht darf nicht verkannt werden, dass das Gesetz den Begriff auch in einem anderen Sinne verwendet, nämlich zur Kennzeichnung eines besonderen subjektiven Unrechtserfordernisses (wie z.B. die Absicht unrechtmässiger Bereicherung bei vielen Vermögensdelikten).

⁵⁵ CLAUS ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, § 12 N 20.

⁵⁶ Das gilt gem. Art. 104 StGB auch für Übertretungen des StGB.

kommt die grundlegende Wertung zum Ausdruck, dass vorsätzliches Verhalten schwerer wiegt als fahrlässiges.⁵⁷

Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit besteht ein grundsätzlicher und qualitativer Unterschied (und nicht ein bloss gradueller). Das wird durch die gesetzliche Ausgestaltung der Strafbarkeit fahrlässiger Begehung in der Schweiz deutlich: Das Strafgesetzbuch kennt vergleichsweise wenige Fahrlässigkeitsdelikte, ausserdem ist die angedrohte Strafe bei diesen fast immer erheblich geringer als beim entsprechenden Vorsatzdelikt.⁵⁸ Beispielsweise ist die vorsätzliche Tötung mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bedroht (Art. 111 StGB), während bei fahrlässiger Tötung eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder eine Geldstrafe vorgesehen ist (Art. 117 StGB). Das Fehlen des Vorsatzes entscheidet daher zumeist über die Strafbarkeit oder führt, falls dem ausnahmsweise nicht so ist, zu einer deutlichen Herabsetzung der möglichen Strafe.

3. Kriterien zur Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit

Gemäss herrschender Auffassung liegt der Unterschied zwischen fahrlässiger und vorsätzlicher Begehung darin, dass der vorsätzlich handelnde Täter einen Sachverhalt verwirklichen will, in dessen Rahmen fremde Güter oder Interessen verletzt werden, während bei der Fahrlässigkeit eine ungewollte (aber vermeidbare) Verletzung geschieht.⁵⁹ Die Abgrenzung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit wird also anhand des Willenselements vorgenommen,⁶⁰ wobei sich hier Schwierigkeiten ergeben können: einerseits bei der genauen Definition des Willenselements, andererseits dabei, dieses im Einzelfall festzustellen.⁶¹ Diese Schwierigkeiten stellen sich insbesondere bei der Abgrenzung der sich am nächsten kommenden Kategorien der bewussten Fahrlässigkeit und dem Eventualvorsatz.

3.1. Abgrenzung anhand des Wissenselements

Manche Theorien versuchen, die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit allein von der Wissensseite her vorzunehmen. Nach der früher in Deutschland vertretenen Möglichkeitstheorie etwa liegt Eventualvorsatz bereits dann vor, wenn der Täter den Erfolg für möglich hält und trotzdem handelt.⁶² Diese Theorie war allerdings nicht sehr gewinnbringend, denn auch bei der bewussten Fahrlässigkeit hält der Täter den Erfolg für möglich, vertraut aber darauf, dass er nicht eintreten wird, hält ihn also für unwahrscheinlich. Andere Abgrenzungstheorien fragen

⁵⁷ Basler Kommentar zum Art. 1-110 StGB und Jugendstrafgesetz. Strafrecht I, 3. Auflage (zit. BSK StGB I)-MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER, Art. 12 N 11.

⁵⁸ Gleicher Strafrahmen (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe) etwa bei der vorsätzlichen einfachen Körperverletzung (Art. 123 StGB) und der fahrlässigen Körperverletzung (Art. 125 StGB).

⁵⁹ ANDREAS DONATSCH/BRIGITTE TAG, Strafrecht I Verbrechenslehre, 9. Auflage, 92; KURT SEELMANN/CHRISTOPHER GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, 54 ff; STRATENWERTH, AT I, § 9 N 60.

⁶⁰ Mit Vorbehalten TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT, 102.

⁶¹ Siehe dazu BSK StGB-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 51, 59 ff.

⁶² Siehe dazu HORST SCHRÖDER, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, Festschrift für Wilhelm Sauer, 1949, 207 ff.

daher, ob der Täter einen Erfolg *ernstlich* für möglich hält.⁶³ In eine ähnliche Richtung gehen die sogenannten Wahrscheinlichkeitstheorien, die für das Vorliegen von Eventualvorsatz nicht das Wissen um die Möglichkeit, sondern um die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts verlangen.⁶⁴

Insgesamt stehen alle rein auf das kognitive Element abstellenden Abgrenzungsversuche vor dem gleichen Problem: Man kann einen Erfolg für möglich und sogar für wahrscheinlich halten und trotzdem (leichtsinnig) darauf vertrauen, dass dieser nicht eintreten werde. Das ist dann aber ein Fall der bewussten Fahrlässigkeit. So verneinte etwa das Bundesgericht Eventualvorsatz hinsichtlich Betrugs bei einem Händler, der Geld für den Verkauf von Zucker nahm, obwohl er diesen nicht besass und lediglich die Lieferzusage seines sehr unzuverlässigen Kollegen hatte, mit der Begründung, dass *«wer frivol auf Nichteintritt selbst eines für wahrscheinlich gehaltenen Erfolges vertraut»* nicht mit Eventualvorsatz handle.⁶⁵ Umgekehrt kann man auch etwas, was man selbst nur für wenig wahrscheinlich hält, wollen.⁶⁶ Ein Beispiel wäre ein sehr ungeübter Schütze, der es für unwahrscheinlich hält, sein Opfer aus grosser Entfernung zu treffen, dieses aber töten will unerwarteterweise tatsächlich mit einem Schuss tödlich verletzt. Trotz der geringen Erfolgswahrscheinlichkeit liegt in diesem Fall Vorsatz vor.

Richtigerweise kann die vom Täter erkannte Wahrscheinlichkeit daher bloss ein im Einzelfall widerlegbares Indiz für das Vorliegen von Vorsatz bilden.⁶⁷ In der Schweizer Rechtsprechung hat die Wahrscheinlichkeitstheorie noch eine gewisse Bedeutung, wenn das Bundesgericht den Richter dazu anhält, vom Wissen des Täters auf seinen Willen zu schliessen, *«wenn sich dem Täter der Erfolg seines Verhaltens als so wahrscheinlich aufdrängte, dass sein Verhalten vernünftigerweise nur als Inkaufnahme dieses Erfolges ausgelegt werden kann»*.⁶⁸

3.2. Abgrenzung anhand des Willenselements

Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung handelt mit Eventualvorsatz, wer den tatbestandsmässigen Erfolg *«in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein»*.⁶⁹ In diesem Zusammenhang spricht man von der Einwilligungstheorie.⁷⁰ Sie wird in verschiedenen Varianten vertreten: Der Täter muss den Erfolg «in Kauf nehmen», «in ihn einwilligen», «sich mit ihm abfinden», «ihn ernst nehmen». Kennzeichnend für die Einwilligungstheorien ist, dass Vorsatz bejaht wird, wenn der Täter die Möglichkeit der Tatbestandsverwirklichung erkennt, sie aber zur Erreichung des angestrebten Ziels dem Nichthandeln

⁶³ Vgl. etwa § 5 Abs. 1 des österreichischen Strafgesetzbuchs, wonach mit Eventualvorsatz handelt, wer die Verwirklichung des Erfolgs «ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet». Dazu auch STRATENWERTH, AT, § 9 N 105.

⁶⁴ HELLMUTH MAYER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 1967, 121; CORNELIUS PRITTWITZ, Die Ansteckungsgefahr bei AIDS, JA 1988, 486 ff.

⁶⁵ BGE 69 IV 75, 80.

⁶⁶ STRATENWERTH, AT, § 9 N 98; DONATSCH/TAG, AT I, 112, 114 f.; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT, 100.

⁶⁷ BGE 69 IV 75, 80; bestätigt in BGE 96 IV 99, 101; DONATSCH/TAG, AT I, 116; STRATENWERTH, AT, § 9 N 116; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT, 101 f.

⁶⁸ BGE 109 IV 137 E. 2; BGE 101 IV 46; BGE 84 IV 128 E. 2 m.w.H.

⁶⁹ BGE 131 IV 1 E. 2.2; BGE 121 IV 249 E. 3a; BGE 103 IV 65 E. 2.

⁷⁰ TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT, 101.

vorzieht.⁷¹ In diesem Zusammenhang wird oft auf die Frank'sche Formel verwiesen: «Es mag so oder anders kommen, ich handle auf jeden Fall».⁷²

Ähnlich argumentiert die (insbesondere in Deutschland⁷³ vertretene) Billigungstheorie, nach der Eventualvorsatz zu bejahen ist, wenn der Täter mit der Tatbestandsverwirklichung innerlich einverstanden ist, sie ihm genehm oder gar erwünscht war.⁷⁴ Dem steht entgegen, dass man durchaus auch Unerwünschtes in Kauf nehmen oder sogar wollen kann, wenn sich ein angestrebtes Ziel nicht anders erreichen lässt.⁷⁵ So handelt etwa der Antiquitätenliebhaber, der ein antikes Gefäss beschädigt, um sich dessen Inhalt anzueignen mit direktem Vorsatz hinsichtlich der Sachbeschädigung (Art. 144 StGB), mag ihm diese auch unerwünscht sein.

Daher können diese Umstände wohl ebenfalls nur als Indizien herangezogen werden: Ein Täter wird sich eher für eine Tatbestandsverwirklichung entschieden haben, wenn sie ihm willkommen oder genehm war, als wenn er sie innerlich ablehnt.⁷⁶ Der Nachweis einer solchen Billigung wird allerdings im Regelfall schwierig sein.⁷⁷ Für die Schweiz hält das Bundesgericht ausdrücklich fest, dass es für die Annahme von Vorsatz nicht erforderlich ist, dass der Täter den Erfolg billigt.⁷⁸ Umgekehrt bejaht die Rechtsprechung Eventualvorsatz aber in gewissen Fällen trotz innerer Ablehnung des Erfolgs durch den Täter, nämlich dann, *«wenn dieser die Wahrscheinlichkeit eines Erfolgeintritts so hoch einschätzt, dass er vernünftigerweise auf ihr Ausbleiben nicht vertrauen, sondern sie höchstens erhoffen konnte»*.⁷⁹

3.3. Rechtsprechung

Das Bundesgericht hält in ständiger Rechtsprechung fest, dass Eventualvorsatz gegeben ist, *«wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs bzw. die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt und sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein»*.⁸⁰ Darin liegt zunächst eine Absage an die rein auf das kognitive Element abstellenden Wissenstheorien, die bei der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit allein danach fragen, ob der Täter den Erfolg bloss für möglich oder aber für wahrscheinlich hält. Auch der Billigungstheorie folgt das Bundesgericht ausdrücklich nicht, wenn es feststellt, dass auch ein vom Täter unerwünschter Erfolg eventualvorsätzlich herbeigeführt werden kann.

Das Bundesgericht geht davon aus, dass sowohl der bewusst fahrlässige als auch der eventualvorsätzlich handelnde Täter um das Risiko der Tatbestandsverwirklichung wissen und damit bewusste Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz auf der Wissensseite übereinstimmen.⁸¹ Die Differenz sieht die Rechtsprechung auf der Willensseite: *«Der bewusst fahrlässig handelnde Täter vertraut (aus*

⁷¹ DONATSCH/TAG, AT I, 117; STRATENWERTH, AT, § 9 N 105; TRECHSEL/NOLL/PIETH, AT, 101.

⁷² REINHARD FRANK, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, nebst dem Einführungsgesetze, 17. Auflage, 1926, § 59 V.

⁷³ BGHSt 7, 363 (368).; ähnlich BGHSt 36, 1 (9); m.w.N. BGH NSTz 88, 175.

⁷⁴ BGH NSTz 09, 91; BGHSt 36, 1 (9).

⁷⁵ Commentaire Romand Code Pénal I-BERNARD CORBOZ, Art. 12 N 64.

⁷⁶ STRATENWERTH, AT, § 9 N 104.

⁷⁷ BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 56.

⁷⁸ Eingehend BGE 96 IV 99.

⁷⁹ BGE 130 IV 58, 64; kritisch GUNTHER ARZT, Der Apfelschuss – strafrechtliche Bemerkungen zu Wilhelm Tell, recht 2004, 181 f.

⁸⁰ BGE 137 IV 1 E. 4.3.2.

⁸¹ BGE 125 IV 242 E. 2; BGE 130 IV 58; BGE 133 IV 1; so schon BGE 69 IV 75, 80.

pflichtwidriger Unvorsichtigkeit) darauf, dass der von ihm als möglich vorausgesehene Erfolg nicht eintreten, das Risiko der Tatbestandserfüllung sich mithin nicht verwirklichen werde. Demgegenüber nimmt der eventualvorsätzlich handelnde Täter den Eintritt des als möglich erkannten Erfolgs ernst, rechnet mit ihm und findet sich mit ihm ab.»⁸²

Ob der Täter die Tatbestandsverwirklichung in diesem Sinne in Kauf genommen hat, lässt sich bei fehlendem Geständnis nicht beweisen. Das Bundesgericht hat daher Kriterien entwickelt, anhand derer es über diese Inkaufnahme entscheidet. Dazu gehören das dem Täter bekannte Risiko der Tatbestandsverwirklichung, die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Beweggründe des Täters und die Art der Tathandlung.⁸³ Insbesondere zum Risiko hält das Bundesgericht fest, dass die Schlussfolgerung, der Täter habe den Erfolg in Kauf genommen näher liegt, je höher die Wahrscheinlichkeit der Tatbestandsverwirklichung ist.⁸⁴ Ist hier bereits eine zaghafte Tendenz in Richtung Wahrscheinlichkeitstheorie sichtbar, so kehrt das Bundesgericht mit folgender Feststellung endgültig zu den eigentlich verworfenen Wissenstheorien zurück: *«Das Gericht darf vom Wissen des Täters auf den Willen schliessen, wenn sich dem Täter der Eintritt des Erfolgs als so wahrscheinlich aufdrängte, dass die Bereitschaft, ihn als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolgs ausgelegt werden kann»*.⁸⁵ Ab einem gewissen Risiko ist gemäss dieser Rechtsprechung der Willen des Täters, auf den es eigentlich bei der Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit gerade ankommt, einfach zu unterstellen. Wie sich gleich zeigen wird, ist das aber nicht die einzige dogmatische Inkonsistenz der Rechtsprechung zu diesem Thema, denn nicht nur der Wille des Täters zur Erfolgsverwirklichung wird unterstellt, wo dies zu einer Vorsatzverurteilung notwendig ist, vielmehr wird schon das Wissen um das Risiko der Tatbestandsverwirklichung fingiert.

4. Bewertung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Vor diesem Hintergrund sind die eingangs erwähnten Entscheide zu betrachten. Im HIV-Entscheid⁸⁶ schloss das Bundesgericht vom Wissen des Täters um seine HIV-Infektion darauf, dass er in Kauf genommen habe, seine Partnerin durch ungeschützten Geschlechtsverkehr anzustecken. Bemerkenswert ist dabei, dass die Infektionswahrscheinlichkeit in solchen Fällen – wie das Bundesgericht selbst feststellt – im Promille-Bereich liegt.⁸⁷ Der Täter hat also (auch aus seiner Sicht) ein bloss minimales Risiko geschaffen. Das Bundesgericht weicht damit von seinem eigenen Grundsatz ab, nur dann vom Wissen auf den Willen des Täters zu schliessen, wenn sich der Erfolgseintritt mit hoher Wahrscheinlichkeit förmlich aufdrängt. Stattdessen begründen die Höchststrichter ihren Schluss damit, *«dass jeder einzelne Akt und schon ein einziger das Risiko einer Übertragung des Virus in sich birgt, dass der Infizierte dieses ihm bekannte Risiko in keiner Weise kalkulieren und dosieren kann und dass sein Partner gegen die Gefahr einer Infizierung keinerlei Abwehrchancen hat»*.⁸⁸ Daraus erklärt sich aber immer noch nicht, warum bei einem Täter, der lediglich ein sehr geringes Risiko schafft, von vornherein ausgeschlossen sein soll, dass er nicht auf

⁸² BGE 133 IV 9 E. 4.1.

⁸³ BGE 125 IV 242 E. 2; BGE 130 IV 58 E. 8.4; BGE 133 IV 1 E. 4; BGE 133 IV 9 E. 4.1; BGE 133 IV 222 E. 5.3.

⁸⁴ BGer Urteil 6B_1050/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 1.3.2.

⁸⁵ BGE 133 IV 9 E. 4.1.

⁸⁶ BGE 125 IV 242.

⁸⁷ BGE 125 IV 242 E. 3.

⁸⁸ BGE 125 IV 242 E. 3.

das Ausbleiben der Ansteckung vertraut haben konnte. Vielmehr liegt hier wohl ein typischer Fall bewusster Fahrlässigkeit vor.

Auch in den «Raserfällen» schliesst das Bundesgericht vom Wissen der Fahrer um die Gefährlichkeit ihres Verhaltens auf deren Willen, den Tötungserfolg in Kauf zu nehmen.⁸⁹ Die Argumentation lautet: Wer etwa im Ortsgebiet an einem illegalen Autorennen teilnimmt oder bei schlechten Sicht- und Strassenverhältnissen ein gefährliches Überholmanöver durchführt, schafft ein dermassen hohes Risiko, dass er dabei nur in Kauf nehmen kann, andere Verkehrsteilnehmer tödlich zu verletzen.

Dabei darf nicht übersehen werden, dass damit bereits auf der Wissensseite des Vorsatzes eine Zuschreibung vorgenommen wird.⁹⁰ Im eingangs dargestellten Urteil zum Autorennen⁹¹ sprach das Bundesgericht aus, dass die Fahrer aufgrund der halsbrecherischen Fahrweise und der örtlichen und zeitlichen Situation (Fussgängerstreifen, Freitagabend im Spätsommer) mit hoher Wahrscheinlichkeit damit rechnen mussten, die Kontrolle über ihre Fahrzeuge zu verlieren und einen schweren Verkehrsunfall zu verursachen.⁹² Betrachtet man das Verhalten von Rasern hingegen von verkehrspsychologischer Seite, zeigt sich, dass diese typischerweise die von ihnen geschaffene Gefahr unterschätzen und ihr eigenes Können überschätzen.⁹³ Wer aber – wenn auch leichtfertig – darauf vertraut, ein Unfall werde schon nicht passieren, hält den Erfolgseintritt eben deshalb für unwahrscheinlich.⁹⁴ Der Schluss der Gerichte, dass wer im Strassenverkehr ein gefährliches Verhalten an den Tag legt, im Bewusstsein der hohen Wahrscheinlichkeit möglicher Todesfolgen handelt, stimmt daher nicht zwangsläufig mit verkehrspsychologischen Befunden überein sondern stellt vielmehr eine normative Zuschreibung dar.⁹⁵

In einem weiteren Schritt schliesst die Rechtsprechung bei «Raserfällen» sodann von der (vermeintlich) erkannten hohen Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts auf den Willen der Fahrer, diesen hinzunehmen, oder eben: zu rasen, wie auch immer die Raserei ausgehen möge.⁹⁶ Im Fall des Überholens bei schlechten Sicht- und Strassenverhältnissen stellte das Bundesgericht etwa fest: *«Indem sich der Beschuldigte von den prekären Wetter- und Sichtverhältnissen [...] nicht davon abhalten liess, zwei Personenwagen zu überholen, brachte er zum Ausdruck, dass er sich mit dem als möglich erkannten Erfolg abfand und ihn in Kauf nahm.»*⁹⁷ Dagegen spricht, dass man Fahrern, die im Strassenverkehr ein riskantes Verhalten an den Tag legen, konsequenterweise dann jeweils auch unterstellen müsste, ihren eigenen Tod in Kauf zu nehmen.⁹⁸ Wahrscheinlicher ist, dass die Täter in diesen Fällen auf das Ausbleiben des Tötungserfolgs hoffen und diesen gerade nicht wollen.

⁸⁹ BGE 130 IV 58 E. 9.1; BGer Urteil 6B_1950/2017 E. 1.4.2.

⁹⁰ GUNHILD GODENZI/JAQUELINE BÄCHLI-BIÉRY, Tötungsvorsatz wider Willen? – Die Praxis des Bundesgerichts bei Raserdelikten, in: René Schaffhauser (Hrsg.), Jahrbuch zum Strassenverkehrsrecht, St. Gallen 2009, 561 ff., 605 f.; FRANZ RIKLIN, Eventualvorsätzliche Tötung im Strassenverkehr, in: Stöckli, Hubert/ Werro, Franz (Hrsg.), Strassenverkehrsrechtstagung 16.-17. März 2006, Bern 2006, 258 ff., 261.

⁹¹ BGE 130 IV 58.

⁹² BGE 130 IV 58 E. 9.1.1: *«Die Wahrscheinlichkeit eines schweren Verkehrsunfalles war aufgrund der örtlichen Situation und seiner Fahrweise derart hoch, dass er sie spätestens im Zeitpunkt des Überholmanövers erkannt haben musste.»*

⁹³ Siehe dazu GODENZI/BÄCHLI-BIÉRY, 573 ff.

⁹⁴ GODENZI/BÄCHLI-BIÉRY, 606; GERHARD FIOKA, Das Rechtsgut: Strafgesetz versus Kriminalpolitik, dargestellt am Beispiel des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbuches, des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) und des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG), 2006, 725; RIKLIN, 258, 261.

⁹⁵ Siehe dazu auch GODENZI/BÄCHLI-BIÉRY, 573 ff.

⁹⁶ BGE 130 IV 58 E. 9.1.1.

⁹⁷ BGer Urteil 6B_1050/2017 E. 1.4.2.

⁹⁸ Vgl. BGE 130 IV 65 unter Verweis auf ROXIN, AT I, § 12 N. 23; ebenso RIKLIN, 258, 261.

Stattdessen wollen sie vielmehr die blossе Gefährdung.⁹⁹ Um bei Raserdelikten mit Todesfolge dennoch zu einer Vorsatzverurteilung zu kommen, bedient sich die Rechtsprechung also einer doppelten Zuschreibung: Zuerst wird anhand der äusseren Umstände das Wissen der Fahrer um die Möglichkeit des Erfolgseintritts unterstellt. Anschliessend wird ein künstlicher Schluss vom (vermeintlichen) Wissen um die Gefährdung auf die Inkaufnahme des Erfolgs vollzogen.¹⁰⁰

Was eine Person für möglich hält oder in Kauf nimmt ist aber unabhängig davon, ob ein Erfolg eingetreten ist oder nicht. Da auch eine versuchte Straftat mit Eventualvorsatz begangen werden kann, müsste konsequenterweise jedes besonders riskante Verhalten im Strassenverkehr als versuchte vorsätzliche Tötung bestraft werden.¹⁰¹ Diesen Schritt geht das Bundesgericht nicht. So wurde etwa bei absichtlichem seitlichem Rammen eines Fahrzeugs aus Wut auf dessen Fahrer auf der Autobahn Vorsatz verneint.¹⁰² Beide Autos gerieten in diesem Fall ins Schleudern, konnten aber wieder aufgefangen werden und trugen nur geringfügige Schäden davon. Das Bundesgericht verneinte Eventualvorsatz hinsichtlich vorsätzlicher Tötung mit der Begründung, *«ein tödlicher Verlauf der Ereignisse hätte sich nicht als so wahrscheinlich aufgedrängt, dass das Verhalten vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Tötungserfolgs gewertet werden könne»*.¹⁰³

Zuletzt ist noch auf den Entscheid im Fall Willy Bogner einzugehen.¹⁰⁴ Das Bundesgericht bejahte bewusste Fahrlässigkeit, obwohl in diesem Fall das Risiko eines Lawinenabgangs sehr hoch war, was dem Beschuldigten nachweislich durch mehrfache Warnung zur Kenntnis gebracht worden war. Damit bildet dieser Fall das Gegenstück zum HIV-Entscheid. Wurde bei Letzterem trotz einem Risiko im Promille-Bereich auf die Inkaufnahme des Erfolgs geschlossen, wurde diese im Fall Bogners verneint, obwohl er das hohe Risiko eines Lawinenabgangs kannte.

Insgesamt ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts inkonsistent und verdeutlicht das Dilemma, vor dem die Praxis in Bezug auf die Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit steht. Wer an einem illegalen Autorennen teilnimmt, ein riskantes Überholmanöver durchführt oder mit seiner Partnerin ungeschützten Geschlechtsverkehr hat, obwohl er HIV-positiv ist, ist kein Vorsatztäter im herkömmlichen Begriffsverständnis. Er will den Taterfolg nicht und es wäre wahrscheinlich in den meisten Fällen auch nicht richtig, zu behaupten, er hätte ihn in Kauf genommen. Vielmehr handelt es sich regelmässig einfach um grobe Fahrlässigkeit.

Hat diese grobe Fahrlässigkeit einen schweren Schaden zur Folge, kann es aus kriminalpolitischen Gründen fragwürdig sein, ob eine Fahrlässigkeitsstrafe ausreicht, um den entstandenen *Normgeltungsschaden*¹⁰⁵ zu kompensieren. Entsteht hingegen durch Zufall gar kein Schaden, kann dies ebenfalls problematisch sein, da eine Bestrafung dann gar nicht in Frage kommt, da bei Fahrlässigkeitsdelikten eine versuchte Begehung ausgeschlossen ist.

⁹⁹ Dazu THOMMEN/JETZER, 195 f.

¹⁰⁰ Für Deutschland erging am 27. Februar 2017 das erste Mordurteil gegen zwei Berliner Raser, es wurde allerdings am 1. März 2018 vom Bundesgerichtshof aufgehoben. Die Höchststrichter sahen den Tötungsvorsatz als nicht erfüllt. Siehe dazu TONIO WALTER, Der vermeintliche Tötungsvorsatz von «Rasern», NJW 19/2017, 1350 ff.

¹⁰¹ Dazu THOMMEN/JETZER, 191 f.

¹⁰² BGE 133 IV 1.

¹⁰³ BGE 133 IV 1 E. 4.

¹⁰⁴ BGE 91 IV 117.

¹⁰⁵ NORA MARKWALDER/MONIKA SIMMLER, Das Unrecht der eventualvorsätzlichen Tat, ZStrR 2018, 22 ff., 42.

5. Lösungsvorschläge

Eine Möglichkeit zur Entschärfung dieses Problems könnte die Einführung einer dritten, mittleren Kategorie zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit sein.¹⁰⁶ Das wäre allerdings im Schweizer Recht ein grösseres gesetzgeberisches Unterfangen. So müsste für jedes einzelne Delikt geprüft werden, ob bereits ein heute als Eventualvorsatz geltendes Verhalten für eine Strafbarkeit ausreiche und wie der Strafraum anzusetzen wäre.

Ein anderer Vorschlag besteht darin, den Strafraum für fahrlässige Delikte schlichtweg nach oben zu korrigieren und damit der sozialen Beurteilung Rechnung zu tragen, dass eine grobe Fahrlässigkeit dem Verschulden einer Vorsatztat sehr nahe oder sogar gleichkommt.¹⁰⁷

Eine weitere Option zur sachgerechten Beurteilung hoch riskanter aber nicht vorsätzlicher Verhaltensweisen besteht in der Reaktivierung der Gefährdungsdelikte.¹⁰⁸ So bedroht etwa Art. 129 StGB denjenigen mit Strafe, der einen Menschen in skrupelloser Weise in unmittelbare Lebensgefahr bringt. Ein Blick in die Gesetzgebungsgeschichte zeigt, dass dieser Tatbestand unter anderem im Hinblick auf Hochrisikoverhalten im Strassenverkehr geschaffen wurde.¹⁰⁹ Bei diesem Delikt muss sich der Vorsatz nicht auf den Erfolgseintritt, sondern lediglich auf das Herbeiführen einer Gefahr richten, wobei auch hier die Inkaufnahme genügt.¹¹⁰ Auch diese ist zwar als innerer Vorgang keinem Beweis zugänglich, man wird aber in Fällen, in denen das Bundesgericht von der Schaffung einer Gefahr auf die Inkaufnahme eines Erfolgs schliesst, wohl erst recht von der Schaffung dieser Gefahr auf die Inkaufnahme der Gefährdung schliessen können. Sodann erlaubt die Anwendung dieses Tatbestands auch die Ahndung von grob fahrlässigem, aber folgenlosem Verhalten, etwa wenn jemand eine hochriskante oder rücksichtslose Fahrweise im Strassenverkehr an den Tag legt, durch Zufall aber nichts passiert.

6. Resümee

Eine Analyse der höchstgerichtlichen Rechtsprechung in der Schweiz zeigt, dass bei der Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit häufig nicht auf die Feststellung psychologischer Tatsachen abgestellt wird, sondern eine Zuschreibung stattfindet, die bisweilen durch kriminalpolitische Bedürfnisse geprägt und dogmatisch inkonsistent ist. Dahinter steckt wohl die Überlegung, dass eine Fahrlässigkeitsstrafe in Fällen besonders grober Sorgfaltspflichtverletzung zur angemessenen Ahndung der Tat nicht ausreicht. Die Lösung kann aber nicht darin bestehen, durch dogmatisch fragwürdige Konstruktionen Vorsatz zu konstruieren. Vielmehr sollte man sich entweder offen eingestehen, dass die Feststellung von Vorsatz eine blosser Zuschreibung ist und darüber diskutieren, welche Massstäbe man für diese Zuschreibung anwenden will. In einem Rechtsstaat sollte diese naturgemäss nicht dem individuellen Empfinden des Richters zu überlassen werden.

¹⁰⁶ MARKWALDER/SIMMLER, 50 ff; BSK StGB I-NIGGLI/MAEDER, Art. 12 N 18.

¹⁰⁷ So etwa die Harmonisierungsvorlage 2012: Erhöhung des Strafmaximums der fahrlässigen Tötung von drei auf fünf Jahre, weil sich dadurch «die praktische Tragweite der Unterscheidung zwischen fahrlässiger und eventualvorsätzlicher Tötung relativieren» lasse.

¹⁰⁸ Siehe dazu THOMMEN/JETZER, 193 ff.

¹⁰⁹ EMIL ZÜRCHER, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band II, September-Oktober 1912, Luzern 1913, 217; THOMMEN/JETZER, 193.

¹¹⁰ THOMMEN/JETZER, 198 f.

Andernfalls müsste man in Fällen, in denen sich Vorsatz nicht feststellen lässt – und das trifft wohl in allen eingangs dargestellten Fällen zu – Vorsatz verneinen und dem Strafbedürfnis der Bevölkerung auf andere Weise Rechnung tragen. Denkbar wäre längerfristig etwa die Einführung einer neuen Kategorie zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit oder die Anhebung der Strafraumen bei Fahrlässigkeitsdelikten. Die Raserfälle lassen sich bereits jetzt unter Anwendung des Tatbestands der Gefährdung des Lebens (Art. 129 StGB) sachgerecht lösen.